

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2006120036

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

试论我国司法对离婚自由权的有限干预

A Study on the Limited Judicial Intervention on the Right
of Freedom to Divorce in China

禤 汉 夏

指导教师姓名: 蒋 月 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2010 年 04 月

论文答辩时间: 2010 年 月

学位授予日期: 2010 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2010 年 04 月

试论我国司法对离婚自由权的有限干预

禤 汉 夏

指导教师 蒋 月 教授

厦 门 大 学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人：

年 月 日

内容摘要

和谐家庭是和谐社会的基础，而和谐的婚姻则是和谐家庭的纽带。在婚姻自由尤其是离婚自由已成为伦理价值共识的情况下，如何看待夫妻双方的离婚自由权利、如何正确干预可能或即将走向破裂的婚姻，却一直成为立法界、学术界和司法界长期争论的话题，在实践中也造成诸多的困惑。面对诸多错综复杂的婚姻家庭纠纷案件，如何在充分尊重当事人的离婚自由权的基础上较好地平衡当事人双方、家庭成员及其他相关人员的利益关系，并充分考虑案件带来的社会价值评定，是笔者在审判实践中一直思索的问题，也是本文讨论的目的。本文明确指出在充分尊重个人的离婚自由权前提下，应该充分发挥司法机关调控婚姻关系的审判职能，引导建立符合中国国情的婚姻关系模式，避免因离婚无限自由化影响到社会的稳定，同时防止对离婚自由权的过分干涉损害到了个人正当追求幸福的权力。

本文除前言部分外，共分四章：

第一章从离婚自由权的法学内涵分析入手，阐释了离婚决定权、离婚协商权、离婚抗辩权等离婚自由权的具体权能，并回顾了我国近代以来离婚自由制度的改革，为

进一步深入剖析我国现行《婚姻法》规定的离婚自由权作一背景铺垫。

第二章通过对我国现行《婚姻法》中关于离婚自由权规定的描述，重点分析现行离婚立法的价值取向，离婚法定理由的几种情形，围绕着学术界对离婚法定理由的争论，阐明“婚姻关系确已破裂”代替“感情确已破裂”的科学性和现实性。

第三章论述了司法有限干预离婚自由权的必要性，指出要辩证看待司法对离婚自由的干预，结合审判实践总结出对适用法定离婚理由操作上的困惑及分析产生困惑的原因分析，除了因为立法的不严谨造成法官难以操作的原因之外，法官在适用“法定离婚情形”的立法规定的教条化，表面化也是重要的原因之一。

第四章结合立法和审判实践提出完善司法对公民离婚自由权有限干预的若干建议，指出要在保障离婚自由权的基础上建立健全离婚自由权良性运作的制度环境，以期实现离婚当事人、利害关系人、社会整体利益三者的平衡。

关键词：离婚自由权；司法裁判；有限干预

ABSTRACT

A harmonious society relies upon a multitude of harmonious families, of which a harmonious marriage poses as a natural foundation. While marriage out of free will has been accepted and appreciated as the common ground of moral values, it remains a long-term dispute within the legislation, academic and jurisdiction society, and also causes much confusion in reality, as to how to deal with the right of freedom to divorce, and how to properly intervene in a seemingly-broken or about-to-break marriage. In the face with a good many complicated cases of marriage and family related disputes, the author has been contemplating this problem, as to how to balance the interests and rights of family members as well as other related parties with full respects to the right of freedom to divorce, and has eventually resulted in this article. Under the premise of respect for individual liberty, this article clearly pointed out that we should give full play to the judicial functions to regulate the divorce and guide the establishment of China's reality model of marriage and avoid unlimited liberalization of divorce affect social stability. At the same time, we should prevent the damage to the legitimate power of individuals to pursue happiness because of excessive interference on the right of freedom divorce.

Apart from the preface, this article consists of four chapters:

The first chapter begins with analysis of the legal connotation on the right of freedom to divorce, and continues to analysis on current provisions of divorce right in marriage law of china, i.e. Free Disposal Right to divorce, Free Negotiation Right to divorce, Right to Defend to divorce.

The second chapter reviews the evolution and reforms of the free divorce system in the modern history of China, and goes on to analyze the strengths and weaknesses of our divorce law, which is based on the failure of marriage and fault of one party, while mixed with moral judgment and criticism.

The third chapter discusses the necessity of limited judicial intervention on the right of freedom divorce, and points out that judicial intervention on the right of freedom divorce should be viewed in a dialectical light, and that it is imperative to set forth a proper legal ground for divorce as far as jurisdiction is concerned. Besides the low stringency that causes the legislation is difficult to be applied, the dogmatic and

superficial thought of the judge for " the legal grounds for divorce" is also one of the important causes.

The fourth chapter proposes several ideas on how to improve and perfect the judicial intervention on the right of freedom divorce with a comprehensive view of the legislation and jurisdiction practice, and concludes that a healthy operation mechanism to guarantee the free right of divorce should be developed and improved on the basis of such right, in order to realize balance in the parties involved in and related to the divorce, as well as in the overall interests of society.

Key Words: Free Right to Divorce; Jurisdiction; Limited Intervention on Freedom Divorce

厦门大学博硕

前 言.....	1
第一章 离婚自由权的法学内涵及我国近代离婚制度的改革.....	3
第一节 离婚自由权的法学内涵.....	3
一、离婚决定权.....	3
二、离婚协商权.....	4
三、离婚抗辩权.....	4
第二节 我国近代离婚制度的改革.....	5
一、南京政府时期的离婚立法.....	5
二、中共苏维埃政府以来的离婚立法.....	5
第二章 对我国现行《婚姻法》离婚自由权规定的解析.....	7
第一节 我国现行《婚姻法》关于离婚自由权的规定.....	7
一、离婚立法的价值取向.....	7
二、离婚法定理由.....	8
第二节 对诉讼离婚法定理由的学术争论.....	9
一、感情破裂说.....	10
二、关系破裂说.....	10
第三章 司法干预是限制离婚自由权的有效路径.....	12
第一节 司法干预离婚自由权的必要性.....	12
一、司法干预离婚自由的正当性论争.....	12
二、辩证看待司法对离婚自由的有限合理干预.....	14
第二节 离婚法定理由适用的司法困惑.....	16
一、离婚案件审判实践中的困惑.....	16
二、产生困惑的原因分析.....	17
第四章 完善司法对离婚自由权有限干预的建议.....	18

第一节 审判实践中更准确地理解离婚法定理由	18
一、完善例示主义	18
二、综合分析“夫妻感情关系”	19
第二节 完善当事人的举证责任规定	20
一、适当扩大高度盖然性的证明标准的适用	21
二、合理运用举证责任倒置规则	21
三、行使法官主动调查权	22
第三节 加强对离婚当事人权利的救济	23
一、建立阻却离婚事由的救济机制	23
二、明确对离婚当事人的生活困难帮助	24
第四节 健全未成年子女的监护和保护制度	24
一、分别确定监护与抚养制度	24
二、正确区分夫妻在离婚问题上的过错责任与对子女的抚养条件	25
三、将子女利益作为确定监护人的主要考虑因素	25
结 语	26
参考文献	27

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Legal Connotation of the Free Right of Divorce and Evolution of Free Divorce System in Modern China	3
Subchapter 1 Legal Connotation of the Free Right of Divorce	3
Section 1 Free Disposal Right to divorce	3
Section 2 Free Negotiation Right to divorce	4
Section 3 Right to Defend to divorce	4
Subchapter 2 Evolution and Reform of Divorce System in Modern China	5
Section 1 The Divorce Legislation of Nanjing Government	5
Section 2 The Divorce Legislation since the Founding of Soviet Government	5
Chapter 2 Analysis on Current provisions of Divorce Right in Marriage Law of China	7
Subchapter 1 Current Definition of Divorce Right in Marriage Law of China	7
Section 1 Value of divorce legislation	7
Section 2 Statutory grounds for divorce	9
Subchapter 2 Debates on Grounds for Divorce Suit in Academia	10
Section 1 Failed Love	10
Section 2 Failed Relationship	10
Chapter 3 Judicial Intervention is that in Valid Terms of Limiting the the right of freedom to divorce	12
Subchapter 1 Necessity of Judicial Intervention	12
Section 1 Debate on the Justness of Judicial Intervention in the Free Right of Divorce	12
Section 2 View Limited and Proper Judicial Intervention Dialectically	14
Subchapter 2 Judicial Confusions for the Legal Criteria for Divorce	17
Section 1 Judicial Confusions for Divorce Cases	16
Section 2 The Cause of Judicial Confusions	18

Chapter 4 Suggestions on Perfection of Limited Judicial

Intervention on the right of freedom divorce	18
Subchapter 1 Further Define the Legal Grounds for Divorce in a Scientific Manner	18
Section 1 Perfect the Definition by Example	18
Section 2 Analyse the Emotional Relationship between Husband and Wife Comprehensively	19
Subchapter 2 To Perfect the Stipulation on Burden of Proof	20
Section 1 Appropriate to Expand the Standard of High Probability	21
Section 2 Rational Use of Inversion Burden of Proof	21
Section 3 Exercise the Right of Active investigation	22
Subchapter 3 To Strengthen the Protection of the Legitimate Rights and Interests of Involved Parties	23
Section1 Establish Relief Mechanism of Defending Divorce	23
Section2 Aid the Involved Parties Living in Poverty	24
Subchapter 4 To Improve the Custodial and Protection System for Minor Offspring	24
Section 1 A Clear Distinction between Guardianship and Alimentation ..	24
Section 2 Distinguish the Fault of Divorce and Upbringing Capacity Correctly	25
Section 3 Take Precedence the Interests of the Children When Deteming The Guardian	25
Conclusion	26
Bibliography	27

前言

2010年全国“两会”上，一位全国人大代表提出：离婚手续太简单是导致离婚率居高不下的原因之一，因此建议修改《婚姻登记条例》，要求离婚时增加双方单位或村（居）委会出具的调解书。此话一出，引发舆论纷纷，借助网络的平台，网友们群起而攻之，一些学者也公开表示不能苟同。但是，这位人大代表的建议毕竟某种程度上反映了老百姓最纯朴的维护婚姻家庭和谐稳定的传统思想。虽然说离婚手续太简单是导致离婚率居高不下的原因之一的思维方式过于简单，实际上离婚率的高低也只是表面的社会现象，离婚对当事人及其家庭和社会的震荡有多大才是问题的关键。

笔者作为一名长期在基层法院工作的民事法官，面临着诸多错综复杂的婚姻家庭纠纷案件，如何在充分尊重当事人的离婚自由权的基础上较好地平衡当事人双方、家庭成员及其他相关人员的利益关系，还要考虑到案件带来的社会价值评定，不得不经常使出浑身解数，游走于情与理、法和德之间。此正所谓“清官难断家务事”也。重新审视“离婚自由权”这个学术界一直争论不休的话题，在现阶段有着更为重要的意义。正所谓“家和万事兴”，“天下之本在国，国之本在家”，和谐家庭是和谐社会的基础。2009年12月，周永康在全国政法工作电视电话会议上强调全国政法系统要“深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法，为经济社会又好又快发展提供更加有力的法治保障。”维护家庭的稳定无疑是推进社会矛盾化解的最直接、最重要的因素。英国大法官、上议院院长艾威在欧洲家庭法会议上的讲话中也表达了同样的思想：“家庭生活是我们的社区、社会和国家赖以建立的基础。对于政府所设想的一个安全、公正和有凝聚力的社会来说，家庭是核心。我们创设和维持有效政策去保护家庭生活是至关重要的”^①，从司法实践的角度去思考如何对离婚自由权实现有限的干预，正是基于这样的一个共识。本文从对离婚自由权法学内涵的分析入手，在对其本质特征准确理解的基础上，结合我国现行婚姻法的立法规定——其实也就是司法对离婚自由干预的依据所在，明确提出司法对离婚自由权干预的合理性，针对法定离婚理

^① 夏吟兰. 离婚自由与限制论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 2.

由这一离婚诉讼的裁判标准的司法困惑，提出完善司法权调整离婚关系的建议，总的目的就是旨在探讨符合中国国情的既保障离婚自由，又能充分发挥司法权的有限干预作用的路径与制度。

本文采用了比较法学、社会学、理论解释法、实证研究、案例研究等多种研究方法。

第一章 离婚自由权的法学内涵及我国近代离婚制度的改革

第一节 离婚自由权的法学内涵

离婚自由与结婚自由是婚姻自由的两个侧面,但近代意义上的离婚自由是在资产阶级反对封建制度的斗争中才产生的。资产阶级打出了自由、平等、民主的旗帜,把婚姻自由宣布为“天赋人权”,但这一时期婚姻自由在法律上仅仅局限在结婚自由的范围内。离婚自由一直到了第二次世界大战后才得到各国法律的承认。“所谓离婚自由,是指夫妻双方或一方基于感情破裂,无法共同生活时,依照法律规定的条件和程序,提出解除夫妻关系的请求,自主决定自己的婚姻问题,不受任何他人的强制和干涉。”^①“离婚自由权,即指公民解除现存婚姻关系的自主决定权,公民行使这一自主决定权时不受包括配偶对方及双方配偶以外的任何人的干涉及强迫”。^②

关于离婚自由权的内容,主要有:

一、离婚决定权

离婚自由权的首要、核心含义是离婚决定权,体现为对自己婚姻发展前途的一种决定,对现存婚姻关系的一种处分。主要体现在以下几个方面:

首先,针对国家公权力而言,公民是自由的,包括公民有选择离婚为解决自己的婚姻关系、确定自己的婚姻前途的自由:公民有依法律规定选择离婚方式的自由,公权力的实施机关必须接受公民的申请,不得拒绝,公权力机关作出的裁决,公权力机关有义务依强制力保证其得到实施。

其次,针对双方当事人而言,双方的自由权是完全平等地受到法律的保护的,不因性别、收入、地位、宗教信仰及其他外在的因素而受到影响,甚至,在现代的离婚自由理念中,由于无过错离婚原则的引入,过错方的离婚自由权也同样受到法律的保护,即不因其婚姻破裂中的过错而限制其离婚自由权;但是,在离婚纠纷的处理过程中,对过错方在财产分割及基于过错对双方造成的损害进行赔偿等方面,过错方是应当承担相应责任的,这也是对无过错方自由权的保护。

^① 龚波. 离婚自由的相对性[EB/OL]. <http://www.law-info.cn/lawyer/lihun012-16.html>, 2010-4-5.

^② 焦淑敏. 论离婚自由权(硕士学位论文)[D]. 北京: 中国社会科学院研究生院, 2001. 8.

第三,对当事人以外的其他人而言,任何人不得以任何借口,干涉当事人的离婚自由权,如不得以任何借口为当事人行使权利设置障碍:不得对将要或者已经离婚者以不晋升职务、不提高薪金等不平等的待遇相要挟或者进行惩罚;不得歧视离婚家庭的子女,在就学就业等问题上不得设置歧视条件等。

二、离婚协商权

婚姻自由权在性质上是私权利,作为婚姻自由权的一大组成部分,法律赋予当事人在离婚纠纷中充分的自由协商权,体现在法律规定中,即当事人的合意,合意是一种依据,合意是一种理由。

首先,离婚合意对国家公权力而言是依据,是赋予婚姻解除以法律效力的依据,即在当事人就离婚问题达成合意时,国家公权力应对合意的内容予以认可;在我国,合意也是引起行政程序的唯一条件,没有当事人之间的合意,行政机关就无权受理离婚申请。其次,离婚合意对当事人而言,是请求国家认可其离婚法律行为有效的理由。合意既可以在提出离婚申请之前达成(如申请依行政程序离婚,必须在申请之前达成离婚的合意,否则行政机关有权不受理其申请),也可以在申请之后达成(如依诉讼程序解决离婚纠纷以后,由法院主持,也可由当事人自行就离婚及有关问题达成一致意见)。

三、离婚抗辩权

离婚抗辩权,是指对配偶对方提出的离婚诉讼请求有权提出理由予以否认,或者对对方提出的事实和理由予以驳斥,并有权提出新的请求。“离婚抗辩,也称阻却离婚的法定事由,是指配偶一方即使有法定理由离婚,但由于被告提出抗辩,阻却下达离婚判决,法院因认定抗辩成立而不得准予原告离婚请求。”^①

离婚抗辩权具体包括:实体抗辩和程序抗辩。实体抗辩诸如:反对离婚,否认对方的离婚请求,认为并有证据证明婚姻可以并应该继续维持下去;过错抗辩,认为对方指控的过错不属实,或提出是因对方而非自己的过错造成了婚姻的破裂;还有在离婚纠纷中涉及到的子女的监护和抚养问题,认为自己比对方有(或无)能力监护和抚养未成年子女。

^① 蒋月. 婚姻家庭法前沿导论[M]. 北京:科学出版社, 2007. 152.

程序抗辩主要有诉讼管辖抗辩,诉讼时效抗辩等。还有一种情形,在被告下落不明的情况下,原告提出离婚,诉讼期间被告到庭,抗辩其未有经法定程序通知应诉。

第二节 我国近代离婚制度的改革

我国近代的离婚立法可以分为两个线索:一是二十世纪二、三十年代的南京政府的离婚立法,二是同时期中国共产党革命根据地的离婚立法。进入近代社会,我国社会经历了清末的立法改革阶段。这时期的立法改革因为立法思想没能从封建思想中解放出来,所以只是一些形式上的“维新”,而没有实质的民主思想和平等思想的体现,特别是随着清王朝的很快灭亡,那些法律也只停留在“草案”阶段,并未真正实施。

一、南京政府时期的离婚立法

真正的离婚立法的改革是始自南京政府时期的民事立法。1930年12月26日正式公布的民法亲属篇,是我国历史上第一部具有资产阶级民主性质的婚姻立法。这部立法规定了婚姻得因当事人的自由意志而建立,同时该法第1049条、第1050条规定,因夫妻双方自愿亦可离婚,因此“两愿离婚”是这部法律规定的离婚的一种重要形式,可在户籍部门登记,而不必经过诉讼程序。关于判决离婚,该法是以过错原则为主,兼采无过错原则,在立法上,以例示的方式列举离婚的十个法律原因(主要是一方的过错),构成这十个原因之一,法院才判决准予离婚。这部立法从形式上,与我国传统的封建社会的立法存在着质的差别,特别是对离婚自由权的保护方面,是一个突破性的进步和发展。但是,这部立法也存在着诸多不完善之处,如受传统观念的影响较深,封建家长制度的思想仍有残余等。

二、中共苏维埃政府以来的离婚立法

与南京政府亲属立法同时期的,是中国共产党在根据地进行的改革和立法。因为历史原因,当时还没有形成全国统一立法的态势,但是,由于根据地这些立法是新中国建国以后两部婚姻法的雏形和基础,确定了我国现行婚姻家庭制度的性质,所以对我国的婚姻家庭立法的影响是不可低估的。从第一部根据地婚姻法

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕